

# LA AFECTACIÓN A PATRIMONIO FAMILIAR. ANÁLISIS DE LA FIGURA DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Msc. JORGE OLASO ÁLVAREZ

## INTRODUCCIÓN

Hace diez años desarrollé un trabajo de investigación acerca de las modificaciones introducidas a la afectación a patrimonio familiar a raíz de la entrada en vigencia de la Ley de Igualdad Real de la Mujer.

En aquella oportunidad el interés en el tema surgió debido a que, dentro mis labores como letrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, participé en la resolución de un recurso de tercera instancia rogada que fue interpuesto contra la sentencia dictada dentro de un proceso de separación judicial en el que se discutía la interpretación de este instituto jurídico.

En ese momento el tema era novedoso, en virtud de que la ley número 7142, del 8 de marzo de 1990, introdujo una serie de reformas a la afectación a patrimonio familiar, las cuales requerían ser interpretadas por la más alta Cámara de Instancia en Derecho de Familia de nuestro país.

Luego de ese pronunciamiento, se han dictado una serie de pronunciamientos que han venido a integrar e incluso a modificar los criterios vertidos por la integración de la Sala en el Voto número 169-98. La finalidad del actual trabajo es efectuar un análisis de estos nuevos votos a través de los diez años transcurridos desde el primer pronunciamiento en cuestión.

## UN BREVE REPASO DOCTRINARIO DE LA AFECTACIÓN A PATRIMONIO FAMILIAR.

La afectación a patrimonio familiar continúa siendo uno de los institutos de mayor aplicación en el derecho de familia costarricense. Existen infinidad de posiciones dogmáticas que nos sugieren definiciones acerca lo que debemos entender cuando conceptualicemos esta figura. Sin embargo, dentro de esa amplia gama de criterios doctrinarios que enriquecen el juego del lenguaje en el mundo del derecho, me permito la prerrogativa de elegir el concepto dado a la afectación

1 | Votos números 346, 1975 y 3475 todos del año mil novecientos noventa y cuatro.

por Alfredo Mazzinghi, dado que, en mi criterio, es quien de una forma más amplia aborda la temática que nos ocupa.

Dicho autor indica que, la afectación a patrimonio familiar, es “...una institución especial que puede coexistir con el régimen patrimonial del matrimonio, aunque, en puridad, opera autónomamente y se rige por normas propias. Esta afectación se da sobre un inmueble urbano o rural para la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y de su familia y, en consecuencia, se le sustrae de las contingencias económicas que pudieran provocar, en lo sucesivo su embargo o enajenación”<sup>1</sup>.

En mi criterio, de esta definición, es posible extraer que la afectación a patrimonio familiar busca preservar el hogar familiar, resguardándolo, no solo de los derechos cobratorios de los acreedores contra la persona que constituye la afectación, sino también de los eventuales actos de disposición que él o ella pretendan realizar en perjuicio de las personas beneficiadas con la afectación. Por ende, las características de la figura son las siguientes:

- a) Es una institución especial propia del derecho de familia.
- b) Es autónoma del derecho a gananciales.
- c) La afectación es únicamente posible en bienes inmuebles.
- d) Mediante ella se pretende garantizar las necesidades de sustento y habitación del núcleo familiar frente a los derechos de cobro de la persona acreedora o la posterior enajenación por parte de la persona titular.

## LA PROTECCIÓN AL PATRIMONIO FAMILIAR CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 51 de la Constitución Política establece que la familia es el elemento natural y el fundamento de la sociedad, por lo que requiere del Estado una protección especial. También el artículo 65 de la Carta Magna indica que es un deber del Estado crear el patrimonio familiar del trabajador.

---

<sup>1</sup> Mazzinghi, Alfredo. “Tratado de Derecho de Familia.”. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 588.

**La Sala Constitucional ha indicado que la protección a la familia es un derecho fundamental tutelado por el ordenamiento constitucional –Votos números 346, 1975 y 3475 todos del año mil novecientos noventa y cuatro-. Asimismo, el inciso primero del artículo 17 de la Convención de Derechos Humanos establece que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, razón por la cual debe ser protegida por el Estado.**

**Con respecto al ordenamiento nacional, esta figura comenzó a regularse a partir de la entrada en vigencia del Código de Familia –por ley número 5476 del 21 de diciembre de 1973-. Los artículos 42, 43 y 47, inciso c), del Código de Familia establecían lo siguiente:**

*“Artículo 42. Afectación del inmueble familiar. Privilegios. El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges.*

*Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente”.*

*“Artículo 43. Forma de hacer la afectación, inscripción, efectos, exención fiscal. La afectación del inmueble, así como su cesación deberán hacerse en escritura pública, e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y su cesación no están sujetos al pago de impuestos ni de derechos de registro. La escritura respectiva deberá ser otorgada por ambos cónyuges, sin que sea necesario que el Notario de fe del matrimonio.”*

*“Artículo 47. Cesación de la afectación. La afectación cesará:*

*...c) Por separación judicialmente decretada o por divorcio.*

*Igualmente cesará la afectación cuando de hecho el bien dejaré de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.*

*En los casos de los párrafos b) y c) podrá disponerse la continuación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores”.*

**Esas normas fueron modificadas por la Ley N° 7472, del 2 de marzo de 1990, conocida como “Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer”. Es interesante señalar los antecedentes parlamentarios que rodearon esa reforma.**

Como es algo común en la corriente parlamentaria, el proyecto sufrió una serie de modificaciones con respecto a su versión original. Dichas modificaciones fueron introducidas debido a un informe elaborado por las asesoras parlamentarias Licenciadas Elena Fallas Vega y Marina Ramírez Altamirano. Este informe que, a la postre fue tomado en cuenta en su totalidad para las modificaciones legislativas que nos interesan, recomendaba la variación de los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia, para que fueran coincidentes con el artículo 7 de la Ley n° 7472, que establecía:

*“ARTÍCULO 7. La propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá constituirse en patrimonio familiar. En caso de matrimonio se inscribirá a nombre de ambos cónyuges y de la mujer en cualquier otro caso.*

*En todo caso, la propiedad otorgada deberá constituirse en patrimonio familiar, conforme a las disposiciones de los artículos 42 y siguientes del Código de Familia.*

*El Registro Público de la Propiedad no inscribirá las escrituras a las que se refiere este artículo si no constare que la adjudicación cumple con lo enunciado en el párrafo anterior”.*

Este artículo fue declarado inconstitucional, mediante Voto número 346, de las 15:42 horas, del 18 de enero, de 1994, únicamente en lo referente a la frase “a nombre de la mujer”.

También hubo otros motivos que incidieron en las reformas en comentario, pues también se pretendía que existiera correlación con ciertas normas que regulaban la materia de régimen de vivienda otorgada por el Estado. Específicamente, los numerales 54, 56 y 112 de la Ley de Sistema Nacional para la Vivienda y creación del Banco Hipotecario de la Vivienda. Esas normas indicaban que era requisito esencial para otorgar los bonos de vivienda que la finca fuera afectada a patrimonio familiar, siempre y cuando las personas estuvieran casadas o convivieran en unión de hecho. Es por estas situaciones que estas asesoras parlamentarias recomendaron que, dentro de las reformas legislativas, era necesario permitir la afectación a patrimonio familiar, no solo para la persona ligada en matrimonio o en unión de hecho, sino también para las personas solteras que tuvieran la intención de constituir el patrimonio a favor de sus hijos o hijas, y

**también a cualquier otra persona a favor de sus parientes que dependan de ella, como por ejemplo, los ascendientes.**

**Estas recomendaciones fueron acogidas por la Asamblea Legislativa en el proyecto original de la Ley de Igualdad Real de la Mujer, por lo que, la reforma de los artículos 42, 43 y 47 del Código de Familia se incluyó de la siguiente forma:**

*“Artículo 42. Afectación del inmueble familiar, privilegios. El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviese ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en caso de utilidad y necesidad del acto.*

*Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente”.*

*“Artículo 43. La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de lo hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble.*

*Tanto la afectación como su cesación deberán hacerse en escritura pública, e inscribirse en el Registro correspondiente, y surtirán efectos desde la fecha de su inscripción. La afectación y la cesación no estarán sujetas al pago de impuestos o derechos de registro”.*

*“Artículo 47. La afectación cesará:*

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes en unión de hecho.*
- b) Por muerte o mayoría de los beneficiarios.*
- c) Por separación judicialmente declarada o divorcio.*

*En este caso podrá disponerse la continuación mientras haya beneficiarios con derecho.*

*ch) Por disposición judicial, a solicitud del propietario, una vez comprobada la utilidad o necesidad de la desafectación.*

- d) Cuando de hecho el bien dejaré de servir para la habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario”.*

Una vez establecidas las reformas de la ley n° 7472, es momento de efectuar un análisis de las modificaciones que se dieron al régimen de afectación a patrimonio familiar, a partir de la entrada en vigencia de esa norma. Tales modificaciones son las siguientes:

- 1) El artículo 42 del Código de Familia permite al propietario de un inmueble –aunque no esté unido por vínculo matrimonial-, afectarlo a patrimonio familiar, con la condición de que toda enajenación o gravamen que se haga en este supuesto, debe ser autorizada por el órgano jurisdiccional, previa demostración de la necesidad y utilidad de la gestión para el interés de las personas beneficiarias de la afectación.
- 2) Debido a esta última posibilidad que otorga el artículo 42, se hizo necesario reformar el numeral 43 ibídem. Esta reforma, según mi criterio, se efectuó con la intención de ampliar, más que de limitar los derechos del núcleo familiar, tal y como se extrae de la necesidad de indicar expresamente quienes son las personas beneficiarias de la afectación.

De esta forma, la orientación que motivó a la Asamblea Legislativa a introducir las reformas apuntadas, tenía como finalidad el otorgarle la posibilidad a la persona que convive en unión de hecho de poder afectar el inmueble a favor de su compañero o compañera, o de sus hijos o hijas menores o de sus ascendientes que habitan el inmueble, al igual que lo puede hacer la persona casada. Por último, de acuerdo con el numeral 47 ibídem, la afectación se extingue con la muerte o con la mayoría de edad de las personas beneficiarias –esto en caso de que sean menores de edad- y quizás lo más trascendental, es posible su continuación –ante la separación judicial o el divorcio de los cónyuges-, mientras haya personas beneficiarias con derecho.

**EL VOTO N° 169-98 DE LA SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

En este voto se congregan una serie de circunstancias que marcan su importancia desde el punto de vista jurisprudencial. La resolución fue dictada dentro de un proceso abreviado de separación judicial en el que se pretendía la liquidación de un inmueble que fue afectado a patrimonio familiar por el actor. Al momento de efectuar la afectación, en la escritura de constitución, no se indicó quienes eran las personas beneficiarias. Sin embargo, la pareja había procreado tres niñas que, al momento de los hechos, eran menores de edad. En primera instancia, sin mayores fundamentos, se indicó que el inmueble, a pesar de ser bien ganancial no podía liquidarse, en virtud de la afectación. Por el contrario, el Tribunal de Familia, por sentencia de las trece horas treinta minutos del catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho, consideró que la afectación a patrimonio familiar no era válida, pues carecía de un requisito esencial como lo es el indicar, expresamente, las personas beneficiarias. En consecuencia, ordenó la liquidación del bien ganancial, ello con fundamento en el artículo 43 del Código de Familia.

El pronunciamiento de la Sala constituye un criterio novedoso, dado que, interpreta que la reforma a los numerales 42, 43 y 47 del Código de Familia, se promulgaron para AMPLIAR – en vez de RESTRINGIR-, la protección jurídica que otorga la afectación. Dicha restricción se daría si se interpreta que la no indicación de personas beneficiarias genera la desaplicación de la cláusula de afectación incorporada en el contrato. Para la Sala, al encontrarnos ante normas de interés social, la voluntad de la persona propietaria, al manifestar su deseo de que su inmueble se encuentre afecto a patrimonio familiar, debe ser interpretada de esa forma, aunque no se indique ninguna persona beneficiaria.

Ahora bien, ¿cuáles serían los lineamientos para interpretar quienes son las personas beneficiarias de la afectación? La Sala, con fundamento en el artículo 10 del Código Civil, establece lo siguiente:

- a) En principio, las personas beneficiarias de esa afectación son los hijos o las hijas menores o mayores de edad que requieran alimentos, dentro de las circunstancias establecidas por el numeral 173, inciso 6), del Código de Familia. También entran

7 | Votos números 346, 1975 y 3475 todos del año mil novecientos noventa y cuatro.

dentro de este primer grupo el o la cónyuge o el o la conviviente de hecho, siempre y cuando todas estas personas habiten el inmueble afectado. Esto debido a que la familia tiene una esfera especial de protección dentro de nuestra normativa.

- b) Tratándose de la hipótesis de una persona propietaria que no se encuentra casada ni en unión de hecho, debe interpretarse que las personas beneficiarias, en caso de existir, son sus hijos o hijas menores de edad o mayores –en los supuestos del inciso 6) del 173-, que habiten el inmueble. Esto debido a que esos hijos o hijas gozan de un interés jurídico superior sujeto a una protección especial (artículos 5 y 30 del Código de la Niñez y de la Adolescencia).
- c) Esto implica que, únicamente, cuando la persona propietaria no tenga descendientes que habiten con ella en el inmueble, se podría interpretar que sus ascendientes son beneficiarios de la afectación, cuando habiten el inmueble afectado.

#### **EL VOTO NÚMERO 754-01 DE LA SALA SEGUNDA:**

Tres años después del voto número 169-98, la Sala emite otro pronunciamiento relacionado con la afectación a patrimonio familiar. En esta oportunidad, la resolución es dictada dentro de divorcio e impugnación de paternidad. El actor pretende que se declare que la demandada incurrió en la causal de adulterio y que, como consecuencia de esto, ella pierda el derecho a gananciales sobre un inmueble. Por otra parte, solicita que se levante la afectación a patrimonio familiar cuya beneficiaria expresa era la demandada. Con respecto a la impugnación de paternidad pretende que se declare que el menor que lleva sus apellidos es hijo del actual compañero sentimental de la demandada.

La Sala arriba a la conclusión de que la demandada incurrió en la causal de adulterio, sin embargo, como no existen elementos probatorios que permitan determinar en qué fecha exacta se cometió la conducta, decide otorgarle a la demandada el derecho a gananciales. No obstante, concluye que el derecho a gananciales se limita a la construcción levantada dentro del

inmueble, dado que la finca fue adquirida en virtud de una donación a favor del actor. Con fundamento en lo anterior y basados en el artículo 47, inciso 3), del Código de Familia, se decide levantar la afectación a patrimonio familiar que afecta a la finca. Cabe resaltar que la impugnación de paternidad es declarada sin lugar, dado que el poder especial judicial otorgado por el actor a su abogado no lo legitima para formular este tipo de acciones, con lo que el menor en cuestión sigue siendo, para todos los efectos legales, hijo de la accionada y del actor.

Resulta un tanto cuestionable el criterio de la Sala. Esto debido a que, a pesar de que existe un menor que es tenido para todos los efectos como hijo matrimonial de las partes, decide levantar la afectación a patrimonio familiar, cuando el derecho a una vivienda es parte del derecho de alimentos que corresponde al menor. Quizás el fundamento para tomar esa decisión se basa en dos supuestos:

- a) La cláusula establecida es la escritura constitutiva de la afectación en la que, expresamente, se acuerda que la beneficiaria de la afectación es la cónyuge, y
- b) Que el menor no habitaba el inmueble en que se constituyó la afectación.

No obstante, ninguno de estos elementos es analizado en el Voto en comentario lo que deja una serie de dudas acerca de su fundamentación.

#### **EL VOTO 435-03 DE LA SALA SEGUNDA:**

En este voto la Sala analiza también el instituto de la afectación a patrimonio familiar. El accionante plantea un proceso abreviado de divorcio y subsidiariamente de separación judicial en contra de su esposa. Dentro de sus pretensiones, la parte actora, pretende que se levante la afectación sobre un inmueble argumentando que el mismo no tiene naturaleza de bien ganancial, dado que fue obtenido en virtud de un dinero ganado por el actor como premio de la lotería, premio que a su vez le permitió luego adjudicarse el bien en subasta pública. La Sala establece que, en el supuesto de que, el accionante, hubiese ganado la lotería, aún así el bien no pierde su condición de ganancial, pues el dinero

invertido en la compra del billete surge del esfuerzo común de los cónyuges. Aunado a esto se afirma que no es posible recurrir a prueba testimonial para acreditar actos o contratos que por imperativo legal deben ser documentados. Esta última consideración, si se analiza con cuidado, infringe lo establecido en el numeral 8 del Código de Familia, pues aplica un sistema de prueba legal “tasada” que no es aplicable en el campo del derecho de familia.

A pesar de lo incorrecto de esta aseveración, se concluye que al ser el bien ganancial y al tener la pareja hijos menores la afectación no pueden ser levantada, lo cual como lo indiqué anteriormente contradice lo indicado en el Voto n° 754-01.

#### **EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL PRIMERO CIVIL DE SAN JOSÉ:**

Una vez que he establecido los criterios de la Sala Segunda en materia de afectación a patrimonio familiar, procederé ahora a analizar los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Primero Civil en cuanto a esa figura jurídica.

Las diversas resoluciones de dicho Tribunal versan sobre la aplicación del párrafo 2° del artículo 42 del Código de Familia. Esa norma indica que el inmueble afecto a patrimonio familiar solo puede ser perseguido por acreedores personales cuando se trate de deudas contraídas por los cónyuges o por la persona propietaria con anterioridad a la inscripción de la afectación en el Registro Público.

La primera situación se presenta en cuanto a cómo el Tribunal interpreta la frase “*la constitución de una deuda con anterioridad a la inscripción de la afectación*”. Yo interpreto que la norma establece que la persona acreedora puede pretender el embargo y el remate del inmueble, solo cuando su crédito se haya constituido antes de la inscripción de la afectación.

Contrario a mi criterio, el Tribunal Primero Civil, en reiteradas resoluciones, indica que, lo relevante para determinar la procedencia o no del embargo de una finca afecta a patrimonio familiar lo es la fecha en que el mandamiento de embargo fue inscrito en el Registro Público y no la fecha de constitución del crédito. De esta forma, para el Tribunal, si la parte acreedora pudo inscribir el mandamiento de embargo con anterioridad a la inscripción de la afectación, es posible el embargo y remate del bien. Por el contrario, no es posible lo anterior, independientemente de que el crédito se haya constituido con

anterioridad a la afectación (Votos números 189, 1096 y 1370 de 1999, todos del Tribunal Primero Civil).

Pienso que la interpretación que realiza el Tribunal del numeral 42, causa un menoscabo al derecho que posee la parte acreedora de perseguir el patrimonio de la deudora para resarcirse de su crédito. El criterio de dicha Cámara da mayor relevancia al principio de publicidad registral que a la fecha de la constitución de la deuda.

Un criterio distinto mantiene la Sección Primera, del Tribunal Segundo Civil de San José. En su voto n° 143-2001, dicho Tribunal da mayor relevancia a la fecha de constitución del crédito y no a la de inscripción del embargo en el Registro Público para ordenar el embargo sobre bienes afectos a patrimonio familiar.

Ahora bien, en lo que concierne a la “*fecha de constitución del crédito*” existen muchos aspectos que comentar. Dicha fecha es fácil de determinar en créditos quirografarios, prendarios, o hipotecarios y también en créditos que surgen de una sentencia firme con una condenatoria líquida o en abstracto. La situación se complica en ciertos casos como, por ejemplo, cuando se pretende cobrar el saldo de una cuenta corriente mercantil o bancaria o el de una tarjeta de crédito (artículo 611 del Código de Comercio). En esos supuestos, uno se preguntaría ¿cuándo se constituye el crédito?, ¿al momento de que la persona cuentacorrentista o tarjetahabiente pactan los contratos de cuenta corriente o de emisión de tarjeta de crédito?, o ¿cuando la persona contadora pública autorizada certifica que la parte deudora tiene un saldo pendiente a favor de la acreedora? Considero que, en el primer supuesto, no se puede afirmar que se está constituyendo un crédito sino que marca el inicio de una relación contractual. El segundo supuesto genera una gran incertidumbre para la parte deudora porque, la constitución del crédito, surgiría a partir de la fecha en que el contador público autorizado emita su certificación. Para evitar esta incertidumbre, en aras del principio de seguridad jurídica, concluiría que el crédito se establece a partir del día en que, de acuerdo a los libros contables de la parte acreedora, la deudora incurrió en mora y se hizo exigible el saldo adeudado.

## CONCLUSIONES

Al terminar este trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

11 | Votos números 346, 1975 y 3475 todos del año mil novecientos noventa y cuatro.

- a. **El régimen de afectación a patrimonio familiar regulado en los artículos 42 y siguientes del Código de Familia, reúne las siguientes características: es una institución propia del derecho de familia; es autónoma del derecho a gananciales; solo es posible en bienes inmuebles y, mediante ella se pretende garantizar las necesidades de sustento y habitación del núcleo familiar frente a los derechos de la persona acreedora.**
- b. **A partir de la promulgación de la Ley de Igualdad Real de la Mujer se introdujeron importantes reformas al régimen de afectación a patrimonio familiar, como lo son: se permite a la persona propietaria, aunque no esté unida por un vínculo matrimonial, afectar el inmueble a patrimonio familiar, con la condición de que toda enajenación o gravamen debe ser autorizada por un órgano jurisdiccional; la persona propietaria que no esté casada puede afectar a favor de su compañera o compañero de hecho, de sus hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble y, la afectación se extingue con la mayoría de edad de las personas beneficiarias y es posible la continuación mientras haya beneficiarios o beneficiarias con derecho.**
- c. **La no indicación de personas beneficiarias en las cláusulas de afectación no genera su invalidez, en este supuesto, la afectación debe ser interpretada por el órgano jurisdiccional, en atención a los principios que informan el derecho de familia.**
- d. **Existen criterios entre nuestros Tribunales Civiles sobre el momento en que comienzan a aplicarse el régimen de protección derivado de la afectación, en relación con los acreedores. Para algunos despachos lo importante es la fecha de inscripción del embargo en relación con la fecha de inscripción de la afectación. Para otros lo importante es la fecha de constitución del crédito.**